Chapitre II – Cohérence du droit pénal.

522. Les médiations pénales, quoique présentant de notables intérêts démontrés par les expériences déjà menées, comportent de nombreux défauts, en particulier concernant sa force exécutoire. Leur éloignement de principes fondamentaux du droit pénal risque de mettre en cause la cohérence de celui-ci (section 1). Compte tenu des nombreuses positions avancées pour justifier leur expansion, d'ordre gestionnaire, pragmatique, voire hostile au système juridique dont on renie les principes et les méthodes, elles ne peuvent constituer un remède suffisant aux maux du système juridictionnel (section 2).

Section 1 – Les défauts des médiations pénales.

523. Si les médiations peuvent susciter des critiques sur leur mode de fonctionnement (paragraphe 1), elles peuvent surtout inquiéter par leur éloignement de principes fondamentaux du droit pénal (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les défauts inhérents aux systèmes de médiation pénale.

524. Les partisans des modes contractuels de règlement des conflits soulignent que ces mécanismes permettent de résoudre les problèmes de façon beaucoup plus complète que ne le ferait un procès pénal. Grâce à sa participation active, le délinquant réalise quelle a été la portée et la gravité de son acte ; l'amendement est possible, et la réparation qu'il accorde à la victime est sans doute d'une plus grande qualité. Le délinquant est « responsabilisé », il s'occupe personnellement des conséquences de ses actes. De plus, grâce à ces négociations entre le délinquant et la victime, la mésentente entre ces deux protagonistes tend à disparaître, ce qui contribue à la restauration d'un meilleur climat social. Les statistiques montrent en effet que les actes de délinquance en particulier des personnes jeunes, sont souvent commis dans leur propre quartier. Pourtant, des auteurs tels que M. Henry[1] estiment que la sanction consécutive à la transaction ne règle pas en profondeur le problème comme le ferait un procès pénal. Malgré les apparences, le litige n'est pas toujours résolu.

L'intérêt des médiations pour les victimes est tout particulièrement contesté. En effet, ces médiations sont essentiellement tournées vers le reclassement de l'accusé et il semble que l'on demande en cela la collaboration de la victime elle-même, au détriment parfois de la réparation correcte de ses préjudices[2]. Mme Desdevises explique ainsi le fait

[1] **M. Henry**, *Transaction économique et action civile*, Rev. sc. crim. 1981, p. 281.
[2] En ce sens, **M.-C. Desdevises**, *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*, Rev. sc. crim. 1993, p. 45, spéc. p. 58 et 59 : les réparations sont toujours plus faibles qu'à l'occasion de procédures classiques et vont jusqu'au geste symbolique. *Contra* : **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, Rev. sc. crim. 1994, p. 525, spéc. 532.

qu'il existe un grand nombre d'associations d'aide aux victimes alors que les entreprises de médiations restent modestes[3]. Cet aspect est essentiel dans la médiation et la distingue des transactions évoquées précédemment, qui tendent essentiellement à la disparition des conséquences de l'infraction pour la victime qui transige. La médiation ne doit pas devenir le moyen pour les délinquants d'éviter une procédure classique ou d'atténuer la sanction pénale, et ne doit pas non plus consacrer toutes les énergies à l'accusé. Ce « travers » a pu aussi être constaté en Grande Bretagne à l'occasion de diverses expériences de médiation : « *les procédures de médiations ont été écartées lorsque l'attitude de la victime rendait le processus de médiation trop problématique : en conséquence les victimes particulièrement affectées par l'infraction n'ont pu bénéficier d'une procédure de médiation appropriée qui aurait pu les aider dans la résolution de leurs difficultés personnelles* »[4].

525. L'absence de force exécutoire est un défaut technique important de la convention issue de la médiation. Cette absence de force exécutoire était déjà déplorée par ceux qui commentaient les expériences de médiation : « *C'est en matière pénale que l'on enregistrerait les résultats (d'exécution des médiations) les plus défavorables mais, pour expliquer cette situation, on peut avancer l'hypothèse de la pression qui pèse sur l'auteur de l'infraction qui, en cas de refus de médiation, se verrait infliger une peine* »[5]. Certains auteurs formaient alors le vœu qu'un cadre juridique donné à la médiation préciserait la valeur de ces engagements pris par le délinquant. Or, l'article 41 alinéa 3 du Code de procédure pénale n'apporte pas de précision. Le délinquant est libre de ne pas respecter ses engagements. La seule force de la médiation est son autorité morale[6], qui ne repose sur aucune menace de sanction, ni même sur aucun décorum puisque les médiations sont conçues pour être menées dans un cadre neutre, avec l'aide d'un médiateur qui n'impose rien et ne fait que guider. L'accord intervenu entre les parties n'a qu'une valeur contractuelle, qualité qui n'ajoute rien en cas de refus d'exécution par le délinquant : la victime n'aura comme seule solution que d'engager des poursuites selon la procédure classique. On peut, ici encore, regretter le caractère trop succinct du texte. Donner une plus grande autorité à l'accord intervenu, en donnant par exemple des pouvoir en ce sens au Parquet, aurait favorisé une bonne administration de la justice, puisque les petites affaires auraient plus sûrement connu un dénouement définitif.

---

[3] **M.-C. Desdevises**, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 185 et note 24.
[4] **M.-C. Desdevises**, *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*, Rev. sc. crim. 1993, p. 45, spéc. p. 57.
[5] **J.-P. Bonafé-Schmitt**, *La médiation : une autre justice*, Syros-Alternatives 1992, p. 253. Dans le même sens, **M. Guilbot, S. Rojare**, *La participation du ministère public à la médiation*, Arch. pol. crim., n° 14, Pédone, 1992, p. 56.
[6] **P. Truche**, *Violente justice / Justice non violente*, La justice, Cahiers Français n° 251, p. 111, spéc. p. 115.

Paragraphe 2 – Les défauts au regard des principes du droit pénal.

526. Les principes voués à préserver une bonne administration de la justice sont mis en cause par les médiations pénales. Comme en matière de transaction pénale, aucune trace de l'infraction n'est gardée après une médiation, ce qui empêche toute prise en compte de la récidive. Le procureur, en optant pour la médiation, accorde cette faveur au délinquant. La décision de non-inscription ne devrait-elle pas être classiquement réservée aux juridictions de jugement, en fonction de circonstances atténuantes ? Le problème se pose avec plus d'acuité lorsqu'on se trouve en présence d'une infraction dont l'enregistrement au casier judiciaire est obligatoire. Puisque la médiation a pour conséquence le classement sans suite, ces infractions seront traitées juridiquement mais non inscrites. Ici encore l'article 41 alinéa 3 du Code de procédure pénale se montre trop imprécis.

En outre, les médiations pénales sont susceptibles de remettre en cause la cohérence du droit pénal en raison de leur inadéquation avec les principes du droit pénal destinés à assurer l'équité des procédures : les transactions et médiations posent question en ce qui concerne l'égalité entre les justiciables (A), la présomption d'innocence (B) et la séparation des pouvoirs (C).

A - L'égalité.

527. L'égalité doit subsister entre les justiciables, quelle que soit l'autorité saisie de l'affaire (1) et entre les parties en litige (2).

1 - Egalité entre les justiciables.

528. L'égalité entre les justiciables doit être préservée. Il semble que l'on devrait trouver partout les mêmes critères de sélection des affaires et le même traitement quel que soit le lieu ou l'autorité. Pourtant, aucun critère n'est posé dans les textes permettant de déterminer quelles catégories de litiges peuvent faire l'objet de médiation[7]. Dès lors, la sélection risque de varier d'un tribunal à l'autre, d'une administration à l'autre, selon l'instance de transaction saisie ou selon la politique de tel procureur face à telle infraction. Cette crainte est avérée fondée par l'observation des pratiques de médiations dans différentes régions[8] : si les parquets de Bordeaux et Chambéry utilisent beaucoup la médiation pénale pour les affaires familiales, ces mêmes affaires ne font que très rarement l'objet de telles conciliations à Paris ; les infractions de voisinage sont massivement orientées vers la médiation à Evreux ou à Lyon[9] très rarement ailleurs ; les divergences existent aussi dans un

[7] Voir *supra* n° 491.
[8] **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets 1997, p. 167.
[9] **A. Wyvekens**, *Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône*, Arch. pol. crim., n° 19, Pédone 1997, p. 67, spéc. p. 72.

même département puisque dans la Manche, les médiateurs traitent plutôt d'affaires familiales à Cherbourg, plutôt de dégradations de biens à Avranches, plutôt de violences à Coutances.

L'égalité entre justiciable est rompue territorialement, mais peut aussi être rompue socialement : les politiques de médiations qui s'orientent essentiellement vers les quartiers difficiles sont soupçonnées de vouloir écarter les prétoires cette partie de la population[10]. Il est certain que les médiations réalisées en maison de justice voient une « *surreprésentation des populations défavorisées* »[11].

Il semble nécessaire de cantonner les médiations aux affaires de très faible gravité, susceptible de n'entraîner que des peines d'amende modique. Toute infraction sanctionnée par une peine privative de liberté, d'une interdiction professionnelle, etc. ne saurait être traitée que dans le cadre d'une procédure d'instruction, d'accusation, de jugement, respectant scrupuleusement les droits de la défense de l'accusé comme de la partie civile[12]. Le fait que ce soit au Parquet de renvoyer l'affaire devant le médiateur, et non pas directement aux services de police, permet d'espérer un certain contrôle quant à la qualité de l'enquête et la désignation de l'auteur de l'infraction en ce qui concerne les médiations officielles régies par l'article 41 du Code de procédure pénale. Les parties doivent bénéficier des mêmes règles et résultats de médiation. Cependant, comment affirmer que tous les médiateurs, officiels et officieux, auront le même comportement à l'égard des informations qu'ils ont en leur possession ? Un bénévole se conduira-t-il comme un salarié ? Un agent de police comme une assistante sociale ?

2 - Egalité des parties en négociation.

529. L'article 6 de la Déclaration européenne des droits de l'Homme exige que tout procès soit mené de façon équitable. La Commission comme la Cour européenne des droits de l'homme renforcent cette idée en invoquant le principe de l'« *égalité des armes* »[13]. Pourtant, il n'y a, dans une médiation pénale, ni avocat (ceux-ci peuvent cependant être consultés[14]), ni publicité,... Le caractère contradictoire des débats est loin d'être garanti, de même que la communication à chacun des pièces du dossier, s'il y a lieu ...[15]

---

[10] **J. Faget**, préc., p. 189, qui cite **L. Assier-Andrieu**, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan 1996.
[11] **J. Faget**, préc., p. 190.
[12] En ce sens, **M.-C. Desdevises**, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 189.
[13] Décision de la Commission *Szwabowicz contre Suède* du 30 juin 1959, citée par **T. Fossier**, *Droits de la défense et personnes vulnérables*, Rev. sc. crim. 1998, p. 57, n° 19. CEDH *Beaumartin contre France*, 24 novembre 1994, A n° 296-B. **H. Bonnard**, *La participation des victimes d'infractions au procès pénal*, Mélanges G. Levasseur, Litec 1992, p. 287, n° 19 et s. Principe repris par Cass. crim. 27 mai 1997, Juris-data n° 002823 et 6 mai 1997, Juris-data n° 002620. **M. Fabre**, *Le droit à un procès équitable. Etude de jurisprudence sur l'application de l'article 6 § 1 de la Convention EDH*, JCP 1998, I, 157. **G. Cohen-Jonathan**, Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, 1996, p. 76 et s.
[14] Voir la loi du 18 décembre 1998 +++. Comme nous l'avons vu précédemment, les auteurs se méfient de l'influence d'un avocat sur les négociations (voir notamment **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets 1997, p. 145). Les avocats eux-mêmes se montrent peu empressés de participer aux médiations : **A. Wyvekens**, préc., spéc. p. 82. Le législateur cependant semble encourager la présence des avocats puisque les articles 12 à 14 du projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, Documents

A l'occasion des médiations de l'article 41 du Code de procédure pénale, l'égalité de traitement entre les justiciables risque d'être remise en cause en ce qui concerne la juste réparation des préjudices. La victime ayant démythifié le délinquant, ayant discuté avec lui, peut être sensible à son repentir. Il est important pour la victime d'exprimer son trouble provoqué par l'infraction ; le fait d'être simplement écoutée permet de relativiser l'importance de son préjudice[16]. Certaines conventions de médiation n'octroyaient que des réparations d'ordre symbolique, telles qu'une lettre d'excuses portée à la victime. Si ces réparations, symboliques ou inférieures aux premières prétentions, peuvent parfois être justifiées et suffisantes au regard des circonstances de l'affaire, elles doivent rester exceptionnelles. Il serait préjudiciable à l'institution même de la médiation que les indemnisations octroyées aux victimes à l'occasion de cette procédure se révèlent nettement inférieures à celles qu'elles auraient pu obtenir grâce à une action civile classique. Les associations de victimes qui, jusqu'alors, encourageaient, voire suscitaient les médiations, s'en détourneraient nécessairement. La rapidité de la procédure, en elle-même, pose le problème de la trop rapide évaluation du préjudice et risque d'aboutir à sa sous-estimation[17]. Il importe que le médiateur veille particulièrement à ce que l'accord intervenant entre les deux protagonistes conserve un certain équilibre et ne lèse pas la victime. L'assistance d'un conseil doit toujours être possible, ce dont les parties doivent être informées, afin que le médiateur ne soit pas le seul à défendre les intérêts des deux protagonistes dans les affaires plus complexes[18].

De façon plus générale, il est souhaitable que les médiations se déroulent sans parti pris et dans la neutralité. La victime ne doit pas se voir proposer une négociation sous prétexte que « son » affaire est considérée comme inconséquente. Or, une dérive de l'activité des Parquets a pu être soulignée en ce qu'ils appréciaient au premier abord les réparations pouvant être obtenues par la victime, prérogative réservée à la juridiction de jugement. L'article 41 alinéa 3 du code de procédure pénale consacre cette dérive et ses risques d'arbitraire. L'aspect consensuel de la médiation vient cependant atténuer ce risque puisque l'accord nécessaire de la victime, préalable à la médiation et au contenu de l'accord en résultant, laisse penser qu'elle ne laissera pas sans réagir préjuger de ses dommages et supprimer son action civile[19].

530. Par ailleurs, l'échec d'une médiation risque d'influencer le procès à venir, problème qui préoccupe tous les auteurs. Lors des expériences de médiation, les

---

Assemblée Nationale 1998, 3 juin 1998, n° 956, p. 9 et 19 prévoit une aide financière aux personnes n'ayant pas les moyens financiers d'y recourir. Ce projet est devenu la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998.

[15] **C. Lazerges**, *Essai de classification des procédures de médiation*, Arch. pol. crim., n° 14, Pédone 1992, p. 34.

[16] Voir *supra* n° 479 et s.

[17] **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, Rev. sc. crim. 1994, p. 531. **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, n° 32.

[18] Dans ce sens, **P. Truche**, *Violente justice / Justice non violente, La justice*, Cahiers Français n° 251, p. 111, spéc. p. 114.

[19] **G. Blanc**, *La médiation pénale*, JCP 1994, I, 3760, n° 11.

procureurs affirmaient leur refus que cet échec porte préjudice aux parties[20]. La totale discrétion du médiateur sur les éléments de l'affaire pourrait contribuer à ce qu'un tel échec hypothèque moins le sens de la décision judiciaire. Cependant, il demeure que la médiation suppose l'aveu de l'accusé et une affaire quasi-résolue[21]. En outre, l'échec de la médiation aurait tendance à faire penser que l'accusé n'aurait peut-être pas fait preuve de bonne volonté. On voit poindre ici la nécessité de respecter le principe de la présomption d'innocence, menacé par le consensualisme.

B - La présomption d'innocence.

531. L'article 9-1 du Code civil, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou l'article 14-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment ce principe pilier du droit pénal qu'est la présomption d'innocence. « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». La personne soupçonnée d'être l'auteur d'une infraction doit toujours être considérée *a priori* comme innocente jusqu'au jugement, quand bien même toutes les apparences seraient contre elle[22]. Or, bien que nous n'ayons pu nous résoudre à dénommer le cocontractant de la victime par le terme « délinquant » et que seul le terme d'« accusé » ait été retenu, les systèmes de médiation ou de transaction vont manifestement à l'encontre de ce principe : ils consistent à fixer à l'amiable la réparation à verser par l'accusé désigné comme coupable avant tout jugement ; de même, lorsque l'accusé accepte de conclure une transaction ou une médiation, il reconnaît *ipso facto* qu'il a commis l'acte reproché. Sa culpabilité est affirmée sans jugement. En outre, en cas d'échec de la transaction au stade de l'exécution, l'affaire peut être portée devant les juridictions répressives. L'acceptation de la transaction peut-elle être considérée comme un aveu par une juridiction pénale devant laquelle le litige serait porté ?

Cependant, il faut distinguer l'aveu intervenu lors d'une conciliation et la preuve définitive de culpabilité[23] : l'aveu ne constitue pas une présomption légale de culpabilité. Mais on ne peut s'empêcher de penser que la frontière est bien proche et qu'il sera difficile au ministère public, saisi du litige, de ne pas en tenir compte ou, à l'accusé, de faire marche arrière[24] d'autant plus que les médiations ou les transactions pénales ne sont retenues, en principe, que pour les affaires simples et non contestées. Des statistiques de classement sans suite (datant certes de 1977) sont significatives de cette influence puisque le taux de classement oscillerait entre 28 et 44 % en cas d'aveu, alors qu'en l'absence d'aveu, il varierait

[20] **M. Guilbot, S. Rojare**, *La participation du ministère public à la médiation*, Arch pol. crim., n° 14, Pédone 1992, p. 56.
[21] **G. Blanc**, préc., n° 16.
[22] **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 31. Sur les origines anciennes de ce principe : **J.-M. Carbasse**, *Le droit pénal dans la Déclaration des droits*, Droits n° 88, 1988, p. 123.
[23] Voir *supra* n° 393.
[24] Quoiqu'en matière administrative, l'aveu soit réalisé de façon purement formelle et imposée.

entre 72 et 95 % [25]. En matière de transaction, le tribunal administratif de Lyon, le 20 août 1978 a pu autoriser un tiers à la transaction à se servir de celle-ci pour exercer une procédure : une transaction en matière économique[26] ne fait pas obstacle à une procédure fiscale relative aux mêmes faits.

532. Cependant, si le « présumé coupable » souhaite faire reconnaître son innocence, il peut toujours refuser la médiation afin qu'un procès établisse cette innocence. La nature consensuelle de la procédure de médiation atténue les heurts des principes du droit pénal... Mais l'issue improbable du procès et la crainte que peut inspirer cette perspective ne semblent laisser que peu de choix à l'accusé qui se voit proposer une médiation[27]. Par ailleurs, que recouvre le principe de la présomption d'innocence ? S'il s'agit de considérer, quoiqu'il arrive, que la personne mise en cause est innocente jusqu'à ce qu'un jugement ait déclaré sa culpabilité, c'est l'ensemble de la procédure pénale et non seulement les médiations ou les transactions qui ne le respectent pas. La présomption d'innocence est une notion très relative et n'existe manifestement pas dans l'esprit d'un policier qui arrête à grand renfort de menottes, place en garde à vue, ou d'un juge qui met en examen et envoie en maison d'arrêt jusqu'au jugement[28], mesure pour le moins généralisée alors qu'elle devrait faire figure d'exception[29]. On ne peut s'empêcher de penser que les personnes ainsi traitées sont nécessairement soupçonnées et présumées coupables pendant le temps de l'enquête jusqu'à ce que cette enquête les mette hors de cause, ou qu'une décision de relaxe ou de non-lieu intervienne. Les exigences de formulations prudentes des accusations publiques, les droits de réponse ou de publication des jugements de relaxe[30] ne sont que de pâles remèdes. Enfin, la formulation de l'article 9-1 du Code civil[31] fait de la présomption d'innocence un droit subjectif : ce qui était principe général devient droit de la personnalité ; seul le titulaire du droit agit en réparation contre l'auteur de l'atteinte à la présomption d'innocence à laquelle il peut prétendre[32]. Ceci conduit à une forme de privatisation de la présomption d'innocence qui, comme d'autres éléments du droit pénal, est « restitué » à l'intéressé.

La présomption d'innocence ne s'impose réellement dans notre droit qu'en ce qui concerne la charge de la preuve et le droit à un système de défense au procès. Ainsi, la

---

[25] **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets 1997, p. 69.
[26] Litige concernant les prix, fondé sur l'ordonnance de 1945 supprimée en 1986.
[27] Dans ce sens, **K. Medjaoui**, *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique*, Rev. sc. crim. 1996, p. 823, spéc. p. 831.
[28] Voir à ce titre les arrêts Cass. crim. 4 janvier 1990, Bull. crim. n° 5 et 6 mars 1990, Rev. sc. crim. 1991, p. 49, qui admettent qu'une détention provisoire puisse être justifiée par l'affirmation selon laquelle *il existe des indices graves et concordants de culpabilité*. **W. Jeandidier**, *La présomption d'innocence ou le poids des mots*, Rev. sc. crim. 1991, p. 49. **Junosz-Zdrojewski**, *La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité*, GP, I, 27 juin 1989 ; *La durée prolongée de la détention provisoire*, GP, I, 12 juin 1993 ; **R. Badinter**, *Un préjugement : la détention préventive*, Le Monde, 13 avril 1970.
[29] Article 137 du Code de procédure pénale.
[30] Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. Voir **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 31. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Procédure pénale*, préc., p. 27.
[31] Lois n° 93-2 du 4 janvier 1993 et n° 93-1013 du 24 août 1993.
[32] **P. Auvret**, *Le droit au respect de la présomption d'innocence*, JCP 1994, I, 3802, n° 14 et s.

preuve de la culpabilité doit être apportée par le demandeur par tout moyen y compris l'aveu, cette preuve devant être suffisamment convainquante pour éviter l'acquittement ou la relaxe au bénéfice du doute[33]. Dès lors, crier haro sur les médiations ou transactions parait excessif puisque ces procédures se montrent plus discrètes que les enquêtes classiques au regard de l'opinion publique et que des garanties concernant la charge de la preuve et le droit à une défense peuvent très facilement leur être adaptées. Ces procédures heurteront beaucoup moins la présomption d'innocence que les autres dispositions légales et c'est plutôt l'ensemble de la procédure pénale qu'il faut repenser.

Les médiations heurtent l'égalité des justiciables ainsi que la présomption d'innocence, quoique cette atteinte soit à relativiser. L'équité des procédures est aussi préservée par une répartition claire des pouvoirs que ces pratiques consensuelles obscurcissent.

C – Médiations et pouvoirs des magistrats.

533. Les médiations de l'article 41 du Code de procédure pénale écartent manifestement les juridictions de jugement au profit d'un traitement consensuel dont l'initiative appartient au parquet : la répartition des pouvoirs entre les autorités de poursuite et de jugement est en cause (1). De multiples médiations remettent aussi en question le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites exercé en principe par le ministère public (2).

1 - Séparation des autorités de poursuite et de jugement.

534. Cette séparation ne semble pas plus assurée dans le cadre d'une médiation pénale qu'à l'occasion de la procédure de transaction rejetée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 février 1995[34]. Cette décision rejette la généralisation de la transaction au motif que « *en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle* ». Or, pas plus que l'injonction, les médiations pénales ne font appel à une autorité de jugement pour retenir la culpabilité de l'agent. L'aval du parquet suffit à la validité de la procédure. Afin que la constitutionnalité soit garantie, il serait souhaitable d'exiger au terme de chaque médiation une forme d'homologation par la juridiction de jugement[35], comme la loi l'exige pour les médiations civiles[36] ; un tel aménagement permettrait un minimum d'harmonisation des solutions et d'égalité de traitement et la préservation du

[33] **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, préc., n° 31-1 et s.
[34] Décision n° 95-360 DC, JO 7 février 1995, p. 2097. Voir *supra* n° 463.
[35] En ce sens, **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 150.
[36] Article 131-12 du nouveau Code de procédure civile (loi du 8 février 1995 et décret du 22 juillet 1996), concernant les médiations judiciaires ; article 832-8 du même Code concernant les conciliations préallable à une action devant un tribunal d'instance.

principe de présomption d'innocence. Des auteurs préconisent une telle mesure et le récent projet de généralisation des transactions pénales retient cette solution afin d'éviter une nouvelle censure du Conseil constitutionnel[37].

2 – Appréciation de l'opportunité des poursuites.

535. La médiation pénale ne permet de respecter ce principe de l'opportunité des poursuites que si le procureur conserve la maîtrise de l'action publique avant de mettre en œuvre la médiation, mais aussi après, et quel qu'en soit le résultat. Le Parquet a toujours le choix entre une procédure classique et une médiation, quelle que soit l'infraction, et cela même si les trois conditions évoquées par l'article 41 sont réunies.

Une fois la médiation achevée, le Parquet est-il encore libre de déclencher l'action publique ou de classer l'affaire ? L'ouverture d'une médiation « légale » conduirait-elle toujours à un classement sans suite ? Au cours des expériences, les conventions passées avec les institutions de médiation ne liaient pas le procureur au résultat des médiations. Cependant, en cas de succès de la procédure, le procureur classait toujours l'affaire. La poursuite n'était engagée qu'en cas d'échec. L'article 41 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que le procureur « *peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, recourir à une médiation* ». Autrement dit, le Parquet recourt à une médiation, puis il décide de l'action publique. Il peut mettre en œuvre cette dernière malgré la médiation ou classer l'affaire. En cas d'échec de la médiation, que les négociations n'aient pas abouti ou que l'accord ne soit pas respecté, l'action publique sera plus certainement envisagée qu'un classement. Si le Parquet n'a pas classé immédiatement l'affaire, c'est qu'elle avait suffisamment d'intérêt et l'échec d'une médiation sera révélateur d'un malaise plus grand que le litige ne le laissait supposer. En revanche, si la médiation aboutit effectivement, on comprendra difficilement qu'un procureur, ayant lui-même suscité cette procédure, décide malgré son succès de déclencher l'action publique ; seule une décision de classement peut suivre, au premier abord, une médiation réussie.

Pourtant, des auteurs affirment que, en pratique, la mise en œuvre d'une médiation entraîne toujours un classement[38] qui, rappelons-le, est une mesure administrative, non pas juridictionnelle, et qui n'est donc pas définitive. Certaines expériences locales de médiation étaient menées grâce à une mesure de classement temporaire. Le Parquet a toujours le choix entre l'action publique, un classement sans suite, et un classement en l'attente d'une médiation. De plus, une action publique peut fort bien suivre une médiation réussie ; cette dernière aura alors une influence sur la nature de la peine prononcée : travail d'intérêt général, ou autre peine assortie d'un sursis, éventuellement avec mise à l'épreuve dans l'attente de

[37] Voir *supra* n° 464.
[38] En ce sens, **G. Blanc**, *La médiation pénale*, JCP 1994, I, 3760, n° 7.

l'exécution de la convention de médiation. La médiation constitue une nouvelle cause de dispense conditionnelle ou d'atténuation des peines[39].

Le principe de l'opportunité des poursuites semble préservé avec les médiations officielles. Les pouvoirs du Parquet peuvent même être considérés comme accrus avec ces nouvelles procédures puisqu'elles augmentent le choix des traitements possibles des infractions. Il est important que le Parquet conserve toute liberté quant au devenir de l'affaire et que la médiation ne soit pas proposée à l'accusé « en l'échange » d'un classement sans suite, au risque de faire sombrer cette procédure dans les dérives du *plea bargaining* et de sa justice marchandée.

536. Cependant la médiation de l'article 41 n'est pas la seule existante. Mme Lazerges distinguait, en 1992, trois types possibles de médiation : les médiations exercées par le pouvoir judiciaire, les médiations « sociétales » où le pouvoir judiciaire n'intervient pas, menées par des associations, des gardiens de la paix, des mères de famille, des enseignants, des prêtres, etc. ; enfin, une troisième catégorie, intermédiaire, avec les médiations assurées par la société civile (association,...) mais dont l'initiative et le contrôle appartiennent au pouvoir judiciaire[40]. La médiation pénale prévue à l'article 41 du Code de procédure pénale correspondrait à cette troisième catégorie. La maîtrise de l'opportunité des poursuites par le Parquet disparaît dans la deuxième catégorie, qui correspond dans notre étude aux divers cas de médiations officieuses.

Les transactions et les médiations présentent de nombreux défauts intrinsèques ou extrinsèques puisque le législateur a choisi d'y recourir par opportunité, sans réflexion globale sur l'environnement juridique. Les arguments tenant au pragmatisme étant eux-mêmes très contestables, ces procédures négociées constituent un remède bancal aux maux de la juridiction pénale.

[39] **M.-C. Desdevises**, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 182.
[40] **C. Lazerges**, *Essai de classification des procédures de médiation*, Arch. pol. crim., n° 14, Pédone 1992, p. 19.

Section 2 - Les procédures consensuelles : un remède insuffisant aux maux actuels.

537. A trop vouloir réparer et amender, la procédure pénale ne remplit plus ses fonctions classiques (paragraphe 1). Les maux économiques et structurels ne trouvent pas de solution dans ces nouvelles procédures (paragraphe 2). Enfin, empêchant toute réflexion globale, le pragmatisme ambiant aboutit à un abandon du droit et de ses fondements (paragraphe 3).

Paragraphe 1 - Oubli des fonctions classiques des juridictions pénales.

538. Avec les procédures pénales négociées, la société s'efface devant l'individu. La transaction accorde une importance majeure au préjudice de la victime. Ceci ne traduit-il pas un certain appauvrissement du droit pénal ? L'idéologie individualiste n'a certes pas eu que des conséquences néfastes, puisque juridictions et législateur se sont sentis plus concernés par les dommages individuels, mais le trouble et l'intérêt social sont minimisés, voire oubliés. Ne peut-on voir en ces remèdes un certain retour en arrière vers l'ancestrale « vengeance privée » ? Certains auteurs n'ont pas hésité à l'affirmer en évoquant les transactions menées par l'administration[41]. Nous avons en effet déjà souligné la puissance de celle-ci et de l'indigence fréquente de la phase de négociation[42] : l'existence d'un sacrifice de l'administration puisqu'elle renonce à la poursuite, ou l'encadrement de la transaction pour éviter l'arbitraire, sont de maigres consolations. Mais on ne peut oublier que l'administration gère l'intérêt de tous... De plus, cette connotation de vengeance privée est atténuée pour les nombreuses transactions administratives laissées à l'initiative du ministère public.

Même s'il est peut-être alarmiste de parler de peine privée, il reste vrai que ces procédures consensuelles laissent une place majeure à l'ordre privé, à la réparation des préjudices de la victime et à la réinsertion du délinquant, sans se préoccuper particulièrement de l'ordre public, de la dimension sociale de l'infraction, pourtant capitale en droit pénal. Cette tendance se retrouve dans l'ensemble du droit pénal, et se manifeste de la façon la plus importante en matière de transaction ou de médiation[43].

---

[41] **F. Boulan**, *La transaction douanière : étude de droit pénal douanier*, Ann. Fac. Droit Aix en Provence, 1968, p. 219, spéc. p. 238.

[42] Voir notamment *supra* n° 396.

[43] Cependant, **M. Kotz** constate, au sujet de la protection en justice des intérêts collectifs : « *L'action exercée par le demandeur ne vise pas seulement à garantir son propre intérêt, mais également celui de tous les autres membres du groupe placés dans la même situation que lui* ». (*in Accès à la justice et Etat providence*, Economica 1984, p. 103). Ne peut-on pas envisager une forme de résurgence de la notion d'intérêt collectif, non plus à l'échelle de toute la société, mais au moins à l'échelle d'un groupe ?
On a vu en effet apparaître aux Etats-Unis la notion de « *réparation fluide* » : les taxis de Los Angeles s'étaient rendus coupables d'une hausse illicite de leurs tarifs. Les juges ont ordonné une baisse de prix équivalente à la hausse illégale pendant une certaine période. Certes, les bénéficiaires de la baisse n'étaient pas forcément les victimes de la hausse, mais au plan collectif, « *elle est d'une justice indéniable car la fluidité de la réparation répond à celle de la clientèle* ». (**F. Caballero**, *Plaidons par procureur*, RTD civ. 1985, p. 267.) **L. Boré**, *La*

La fonction répressive tend à disparaître avec la médiation. Il existe même chez certains auteurs, tenants de la conciliation pénale, une irrépressible tendance à mettre sur le même plan victime et délinquant : « *restituer le conflit au groupe social qui l'a créé* », « ***son** délinquant* »[44], « *son véritable partenaire désigné - le délinquant* »[45], « *réinsertion du couple délinquant-victime* »[46],... On retrouve ce discours chez de nombreux auteurs, qui aiment à rappeler que, selon les statistiques, les victimes et les délinquants font souvent partie du même quartier, s'étaient déjà rencontrés,... Dès lors, on suppose que les torts sont partagés. Les exemples cités pour illustrer le propos semblent anodins : querelles d'après boire par exemple. Mais certains s'enhardissent, rappelant qu'Etienne de Greff démontra les « *mécanismes subtils* » du crime passionnel ; ils en déduisent que la victime n'est pas toujours innocente, et n'hésitent pas à généraliser : « *Les victimes sont souvent moins blanches et les coupables moins noirs qu'on imagine; mais de surcroît, ces catégories ne sont pas étanches : on peut être l'un et l'autre à la fois, victime de l'un, coupable à l'égard de l'autre, et surtout passer avec le temps, d'une catégorie à l'autre* »[47]. Enfin, un auteur pose la « vraie » question : « *La victime est-elle coupable ?* »[48] ! Ces propos ne sont pas toujours tenus de façon aussi explicite, mais cette arrière-pensée transparaît souvent. Ainsi, tel auteur tend à nier les statuts respectifs de victime et de délinquant lorsqu'il affirme : « *Rendre possible le face à face des personnes impliquées, c'est leur permettre à l'une et à l'autre de comprendre la situation dans laquelle se produit l'événement regrettable et d'en assurer les conséquences, en trouvant les solutions qui conviennent à leurs intérêts - en lieu et place des solutions stéréotypées que le système pénal ordonne à un "intérêt social" postulé dans l'abstrait* »[49].

Afin de mieux dévaluer la victime, on stigmatise son désir de vengeance, de faire souffrir l'autre, mauvais instinct qui serait calmé par la médiation ; mais la peine que tente de dispenser le droit pénal classique, si elle consiste effectivement en une souffrance infligée à l'auteur, n'est-elle pas aussi la façon de lui signifier la souffrance qu'il a infligée à la victime[50] ? La vengeance, si redoutable puisse-t-elle être lorsqu'elle n'est pas encadrée par l'Etat, n'est-elle pas, au fond, ce désir de compréhension des victimes ?

539. Si les médiations sont susceptibles de constituer un modèle à suivre pour les juridictions pénales classiques en ce qui concerne leurs capacités d'amendement, il ne semble pas que les rétributions exigées de l'accusé au terme d'une médiation remplissent

---

défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, Thèse Paris I, 1995.

[44] **P. Couvrat**, *La protection des victimes d'infractions. Essai d'un bilan*, Rev. sc. crim. 1983, p. 577.

[45] **P. Couvrat**, préc., p. 577.

[46] **S. Rojare**, *La médiation pénale*, Thèse Paris I, 1996, p. 3 et 47.

[47] **J. Vérin**, *Une politique criminelle fondée sur la victimologie et sur l'intérêt des victimes*, Rev. sc. crim. 1981, p. 897.

[48] **E. A. Fattah**, *La victime est-elle coupable ? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol*, Presses de l'université de Montréal, 1971. Sur ces théories et leur rôle dans l'émergence des médiations pénales, voir notamment **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 31 et s.

[49] **J. Bernat de Célis**, *L'expérience du service d'accueil des témoins et victimes du Tribunal de Paris*, Rev. sc. crim. 1981, p. 703.

[50] **D. Salas**, *La trace et la dette. A propos de réparation*, Rev. sc. crim. 1996, p. 619, spéc. p. 621.

de façon adéquate certaines fonctions exercées par les sanctions pénales classiques que sont la dissuasion ou la répression. Certes, il est possible d'espérer que l'accusé ayant fait l'objet de médiation aura pris conscience de la réalité et des conséquences de son acte. Une certaine dissuasion à la réitération peut être espérée. Cependant, la perspective de voir un comportement délictueux traité par une médiation ne semble pas en mesure de faire reculer une personne tentée et qui s'est souvent persuadée d'avoir de bonnes raisons d'agir ainsi.

Certes, il n'est pas certain que les sanctions classiques plus sévères constituent une dissuasion très efficace de l'infraction, en particulier celles assorties de courtes peines d'emprisonnement ou d'amendes modiques. La sanction pénale de certains comportements n'est pas connue de tous, compte tenu du grand nombre de lois pénales[51]. Pour certaines infractions graves, susceptibles de procurer d'énormes profits, telles que le trafic de stupéfiants, vols ou cambriolages en tout genre, ces profits « *méritent que le risque soit couru* »[52]. Les criminologues ont depuis longtemps remarqué que l'adoucissement d'une peine attachée à une infraction ne provoquait pas d'accroissement de la commission de cette infraction[53]. Le caractère dissuasif est variable selon le type d'infraction, mais aussi selon la personnalité de l'agent, délinquant occasionnel ou « professionnel ». De plus, l'agent qui passe à l'acte ne réfléchit pas toujours aux conséquences ; le calcul « utilitaire » ne guide les comportements et les choix que dans une certaine mesure[54]. Il demeure que la « peur du gendarme » joue un rôle, quoi qu'il en soit, plus efficace que la perspective de voir un comportement traité à l'amiable par une médiation.

540. Il manque aussi à la médiation cet élément d'opprobre sociale manifesté par la solennité du procès[55]. Certes, l'accusé doit opérer une démarche personnelle puis doit accomplir une peine tendant à réparer les dommages de la victime, ou purement rétributive. Cependant, la médiation n'exclut pas celui-ci et le Parquet peut renoncer à classer l'affaire si la personnalité de l'agent incline à donner une dimension plus morale et sociale au traitement de l'affaire. Il demeure que « *à l'opposé du jugement où ce que gagne l'un est perdu par l'autre ... le modèle de la médiation cherche avant tout à réintroduire la paix entre les parties sans désigner de vainqueur* »[56]. Or M. Garapon rappelle : « *La conciliation ne doit pas être analysée de manière isolée parce qu'elle ne constitue qu'un des pôles du couple indissociable que forment justice négociée et justice imposée : il ne peut y avoir de négociation "qu'à*

---

[51] Voir *supra* n° 17.
[52] **G. Picca**, *La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ?, in Les objectifs de la sanction pénale*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 59.
[53] **O. Kinberg**, *L'effet intimidant de la peine*, Rev. sc. crim. 1960, p. 591.
[54] **A.-C. Berghuis**, *La prévention générale : limites et possibilités, in Les objectifs de la sanction pénale*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 69 et s.
[55] **M.-C. Desdevises**, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 188.
[56] **D. Salas**, *Du procès pénal, éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Les voies du droit, PUF 1992, p. 43.

l'ombre de la loi" ... Le juge se pose d'autant plus facilement en négociateur qu'il détient un pouvoir de sanction »[57].

Si les médiations et les transactions ne font pas toujours preuve de la plus grande efficacité à remplir les objectifs classiques de la procédure pénale, elles ne se montrent pas plus convainquantes pour résoudre les problèmes structurels auxquels elles seraient pourtant censées remédier.

Paragraphe 2 – Arguments structurels douteux.

541. Le système pénal serait inefficace, coûteux et improductif, ce qui justifierait le recours aux procédures alternatives[58]. Mais « *l'hymne aux modes alternatifs de règlement des conflits qu'on entonne à droite et à gauche se nourrit trop aisément des dysfonctionnements, réels ou supposés, de l'institution judiciaire* »[59]. Le taux de 80 % de classements sans suite avancé fréquemment doit être nuancé puisque plus de 75 % des affaires sont classées parce qu'elles ne sont pas élucidées ; plus de 40 % des affaires classées avec auteur connu ne sont pas poursuivables pour diverses raisons juridiques (les faits ne présentent pas les éléments d'une infraction pénale, sont atteints de prescription, etc.). Des études sérieuses placent le taux de classement d'opportunité à 30 % [60].

542. Il est illusoire de penser que la médiation, telle qu'elle est conçue dans l'article 41 du Code de procédure pénale, est un mode économe de traitement des affaires[61]. En effet, le nombre de litiges traités reste peu important, et constitutif de cas qui auraient été sans doute classés sans suite d'office en l'absence de cette procédure. L'allégement de la charge des tribunaux n'est pas réel, d'autant plus que la médiation facilite l'accès à la justice, cet aspect ne pouvant que grossir le flot des plaignants. Aucune économie en argent ou en travail n'est réalisée dans le travail juridictionnel. De plus, ces nouvelles procédures nécessitent la mise en place de « *nouvelles fonctions d'organisation et de surveillance des accords de médiation* »[62], ce qui implique de nouvelles charges pour les magistrats du Parquet, et des ressources humaines qui appellent à de nouveaux financements publics[63]. Il convient de ne pas se dissimuler que la médiation, « *parce qu'elle implique l'ouverture et la*

---

[57] **A. Garapon**, *Nouveaux enjeux de la justice. L'évolution du rôle du juge, La justice*, Cahiers Français n° 251, p. 75 et 79. **A. Garapon** cite **R.-H. Mnookin et L. Cornhauser**, *Bargaining in the shadow of the law : the case of divorce*, 1988, Yale Law Journal, 1979, p. 950 à 997. Voir aussi **A. Garapon**, *Bien juger*, O. Jacob 1997, p. 289 et s.

[58] **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale,* Erès Trajets, 1997, p. 35 : rappel de ces positions des pragmatiques et des néo-libéraux.

[59] **L. Cadiet**, *Découvrir la justice,* Dalloz 1997, p. 6.

[60] **V. Lesclous, C. Marsat**, *Taux de classement sans suite des parquets : mythes et réalités*, Droit pénal mars 1998, p. 6.

[61] *Contra* : **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, Rev. sc. crim. 1994, p. 525, spéc. p. 533.

[62] **M.-C. Desdevises**, préc. Voir aussi **A. Wyvekens**, *Le traitement de la délinquance urbaine dans les maisons de justice, in Justice et ville*, Justices n° 2, 1995, p. 93, spéc. p. 102.

[63] **M.-C. Desdevises**, préc., p. 177. **A. Garapon**, préc., p. 75.

poursuite d'un dialogue, exige plus de temps qu'une décision de renvoi devant un tribunal suivie, trop souvent, d'une comparution en justice parmi des dizaines d'autres affaires »[64]. Les expériences britanniques de médiation n'ont pu traiter que cinq pour cent du contentieux des juridictions, alors que ce système juridique intègre naturellement la négociation[65]. En France, le contentieux ainsi traité est aussi peu important[66].

	1992	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*
Nombre de procédures transmises au parquet avec auteur connu.	2 508 298 (45 % des procédures transmises)	2 085 048 (40 % des procédures transmises)	2 212 092 (41 % des procédures transmises)	2 174 622 (42 % des procédures transmises)	1 996 580 (39 % des procédures transmises)
Taux de classement sans suite (auteur connu, procédures alternatives exclues).	47 %	41,6 %	45 %	48,9 %	45 %
Taux de procédures alternatives.	1,5 %	2,48 %	3,11 %	3,86 %	4,5 %

Les procédures alternatives comprennent les médiations pénales, mais aussi les classements sous conditions, les mesures de réparations pour les mineurs et les injonctions thérapeutiques. Quoique la proportion de ces procédures soit en progression constante et très importante, elles ne concernent qu'un taux très faible d'affaires et ne semble pas, pour l'instant, en mesure d'enrayer le taux énorme de classements sans suite. Un quart des personnes qui se voient proposer la médiation la refusent et, parmi ceux qui l'acceptent, 30 % ne parviennent pas à un accord[67].

Les médiations réalisées à Lyon sont plus nombreuses et plus rapides grâce à l'adjonction d'une « Section de traitement direct » (STD), instituée en 1991, consistant en un traitement « en temps réel » des affaires élucidées, pour lesquelles une personne se trouve dans les locaux de la police ou de la gendarmerie : ces derniers doivent en informer par téléphone cette STD, qui donne un compte rendu immédiat au parquet, celui-ci donnant à l'affaire l'orientation la plus adéquate ; aucune affaire élucidée, même de faible gravité, n'est traitée en différé, par courrier[68]. Les maisons de justice se voient adresser un nombre considérable de ces « petites » affaires afin de ne pas submerger les tribunaux correctionnels. Une telle structure d'orientation et d'information a permis un bon développement des

[64] **P. Truche**, *Violente justice / Justice non violente, La justice*, Cahiers français n° 251, p. 111, spéc. p. 115.
[65] **M.-C. Desdevises**, *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*, Rev. sc. crim. 1993, p. 45, spéc. p. 61.
[66] Chiffres : Rapport **P. Fauchon**, projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites, Sénat 1997-1998, n° 486, p. 9. Voir aussi **J.-P. Bonafé-Schmitt**, *La médiation : une autre justice*, Syros-Alternatives 1992, p. 254 : « un contentieux peu important » (une centaine de dossiers par an serait traité dans chaque service de médiation).
[67] **S. Rojare**, *La médiation pénale*, thèse Paris I 1996, p. 192.
[68] **A. Wyvekens**, *Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône*, Arch. pol. crim., n° 19, Pédone 1997, p. 67, spéc. p. 74.

médiations qui ne se suffisent pas à elles-mêmes pour le désengorgement efficace des juridictions.

Par ailleurs, la médiation pénale, conçue pour remédier à l'encombrement de la justice a pour ambition de régler les conflits sur un mode qualitatif. Il convient de mettre fin aux « logiques d'abattage ». Malheureusement, les médiateurs, qui en théorie devraient susciter le dialogue sans imposer de solution, font preuve d'un interventionnisme irrépressible[69]. Les rencontres entre victimes et délinquants prennent peu de place et finalement, les « médiés », tout comme les parties à un procès pénal, « *ont le sentiment qu'on ne leur a pas toujours suffisamment expliqué ce qu'est la médiation, parfois de n'avoir été ni écouté ni compris ou que les rencontres n'ont pas permis un dialogue* »[70]. Par ailleurs, les affaires que tel parquet pense pouvoir être traitées par médiation sont sélectionnées en fonction de leur nature et non en fonction de leur réelle gravité : ainsi, le parquet de Lyon renvoie pour médiation toutes les affaires relevant du droit pénal familial (pensions alimentaires impayées, non-présentation d'enfants ou violences), de façon systématique[71].

543. Lorsque ce n'est pas le thème de la justice, étatique et traditionnelle, qui, tel l'œil de Caïn, le rend méfiant, ce sont les problèmes de crise économique et de chômage qui monopolisent l'attention du législateur. Alors, débordé, et réticent à augmenter suffisamment les crédits du système judiciaire, il tente d'en colmater les brèches plutôt que de s'attaquer sérieusement à ses lacunes. On aboutit alors à une politique criminelle sécuritaire, « *qui saisit non plus l'infraction, mais la déviance* »[72] : qui sacrifie la légalité criminelle au profit de l'efficacité, afin d'atténuer le sentiment d'insécurité. M. Prieur parle « *d'impérialisme de la sécurité collective* » qui « *veut ignorer les préoccupations liées au respect de l'autonomie individuelle comme celles attachées à la sauvegarde des libertés* »[73]. Par ailleurs, le discours ambiant est à la rentabilité et l'efficacité et les médiations devraient y contribuer[74]. La justice subit l'influence de l'économie de marché et tend à calquer les modèles proposés par les entreprises : accélération, rentabilité, efficacité, spécialisation des personnes ou des pseudo-juridictions[75], intervention sélective sur certains conflits posant des problèmes plus aigus[76]. On peut se demander si la « *logique entrepreneuriale* » est bien le modèle idéal pour faire œuvre de justice. Même s'il paraît indispensable d'accélérer les procédures, il semble pour autant qu'aspirer à la « rapidité » soit excessif : des auteurs

---

69 **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès, Trajets, 1997, p. 175.
70 **J. Faget**, préc., p. 171 et 173, qui cite **D. Hannedouche**, *Les représentations de la médiation pénale, enquête auprès d'un échantillon de personnes ayant suivi cette procédure*, Mémoire de gestion et résolution des conflits, Paris V, 1996.
71 **A. Wyvekens**, *Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône*, Arch. pol. crim., n° 19, Pédone 1997, p. 67, spéc. p. 73.
72 **M. Delmas-Marty**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 279.
73 **Prieur**, *L'administration et la répression des infractions économiques et fiscales*, thèse Caen 1981, p. 581.
74 **S. Rojare**, *La médiation pénale*, thèse Paris I 1996, p. 16 et s : contre le « *centralisme juridique* » et les effets pervers de l'Etat providence.
75 Voir *infra* n° 427 et s.
76 En ce sens, **J. Faget**, préc., p. 188.

s'inquiètent de la notion de justice « en temps réel » qui ne serait qu'une justice de l'air du temps, justice paillette, démagogique puisque ne tendant qu'à satisfaire une société obsédée de rapidité et de gain de temps ; le travail de justice est nécessairement long, rigoureux et réfléchi et la durée est particulièrement nécessaire lorsqu'une ambition éducative est confiée aux juges, ce qui est particulièrement le cas concernant les mineurs[77].

Si les transactions peuvent contribuer à lutter contre le « *délitement du lien social* »[78], le résultat inverse pourrait bien être obtenu si la voie des substituts au procès pénal est empruntée, non pour les avantages objectifs que ceux-ci procurent, mais par esprit de démission de l'institution judiciaire : les motivations du législateur sont le faible coût de ces réformes, leur rapidité de mise en œuvre. Ce pragmatisme tend à faire oublier l'existence même du droit.

Paragraphe 3 - Pragmatisme et respect du droit.

544. L'appréhension pragmatique du traitement des litiges conduit à la privatisation des conflits pénaux ; les médiations, mais aussi les transactions pénales, vues précédemment, en sont une manifestation (A). Cette parcellisation du traitement des litiges n'est qu'un palliatif au déficit de la pensée juridique (B).

A – Pragmatisme et privatisation des conflits pénaux.

545. Les traitements négociés des infractions ne sont pas la seule manifestation de cette privatisation du traitement des litiges[79]. Ainsi, des enquêteurs privés peuvent apporter leur contribution à la phase d'instruction et des experts, médicaux, financiers, balistiques, etc. sont appelés lors des procès. L'application des mesures pénales peut être confiée à des services sociaux et des bénévoles : c'est le cas des mesures concernant les alcooliques, les toxicomanes, les obligations de soins des délinquants malades mentaux[80], les contrôles judiciaires et enquêtes sociales ; la construction et la gestion des prisons sont sous-traitées à des entreprises privées. De même, la poursuite de certaines infractions délictuelles à caractère privé est subordonnée à l'ouverture de l'action publique par la victime : contrefaçon industrielle, abandon de foyer, diffamation,... les cas sont divers mais peu nombreux.

Les médiations pénales permettent cependant cette même privatisation pour toutes les infractions de faible gravité : toutes ces infractions se rapprochent de ces infractions d'intérêt privé[81]. Selon les sociologues, elles permettent au groupe social de se réapproprier

[77] **A. Wyvekens**, préc., spéc. p. 75 et 88.
[78] **L. Cadiet**, *Chronique de droit judiciaire privé*, JCP 1994, I, 3755, n° 1.
[79] **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets 1997, p. 99 et s.
[80] **P.-H. Bolle**, *Le procès pénal nouveau*, RD pén. crim. 1995, p. 5, spéc. p. 13.
[81] **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 473 et s.

les conflits plutôt que de les « *exclure vers un mode de contrôle spécialisé* », en l'occurrence le système judiciaire, « *lourd et maladroit* »[82]. Il n'est pas certain que certains systèmes de médiation sont exempts d'arrières pensées : un magistrat a pu dénoncer les ambitions clientèlistes d'antennes de médiation improvisées par des pouvoirs locaux[83]. Un auteur a pu exprimer quelques craintes quant au pouvoir croissant d'associations dominant les charges de médiations civiles, craintes pouvant fort bien être étendues aux associations chargées de médiations pénales[84] : « *certaines associations ayant des ramifications dans le pays tout entier pourraient se voir ainsi conférer, au moins de facto, une position dominante* »[85]. Les associations INAVEM et CLCJ ont d'ores et déjà pris une place déterminante dans la pratique des médiations et la formation des médiateurs[86] et ont élaboré des Codes de déontologie, dont on a évoqué les arrière-pensées anti-juridiques en première partie[87]. M. Garapon rappelle que « *l'activité judiciaire est un "acte de souveraineté" qu'il convient de ne pas ravaler à "un produit commercial" comme un autre* »[88].

Cette « privatisation » est à rapprocher des divers modèles d'« autorégulation »[89] que manifestent les autorités administratives et tout particulièrement des autorités indépendantes : celles-ci se sont vues octroyer des pouvoirs d'enquête, d'appréciation de culpabilité, de sanction pour certains secteurs du droit pénal. Cette répression administrative ne se contente pas de toucher des personnes ou des organisations ayant un lien préexistant avec l'administration : ses agents, ses cocontractants,... Elle ne se contente pas non plus de préserver des services publics[90]. La prise en charge de pans entiers du droit pénal par des organes distincts des juridictions de jugement se banalise, par besoin de spécialisation et d'efficacité. Ceci ne peut qu'inquiéter compte tenu du fait que certaines organisations para-juridictionnelles[91] ne sont guère tenues aux exigences de sauvegarde des

---

[82] **R. Zauberman**, *Renvoyants et renvoyés*, Déviance et société, Genève, 1982, vol. 6, n° 1, p. 23, spéc. p. 28 et 29.

[83] **J.-L. Sauron**, *Le juge face aux contestations de la société civile, in Le juge et l'Etat*, Revue politique et parlementaire, juillet-août 1991, n° 954, p. 35 ; cet auteur cite les cas des services municipaux de médiation créés par les municipalités de Lille et de Saint-Germain-en-Laye ; ces services sont décrits comme remettant en cause le monopole du juge sur la régulation.

[84] Voir *supra* n° 497.

[85] **M. Olivier**, *La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile*, GP, 18-19 octobre 1996, p. 2.

[86] Voir *supra* n° 498 note 128.

[87] Voir *supra* n° 142. Sur ces codes et chartes, **S. Rojare**, *La médiation pénale*, thèse Paris I 1996, p. 203, texte en annexe p. 273 et s.

[88] **A. Garapon**, *Nouveaux enjeux de la justice. L'évolution du rôle du juge, La justice*, Cahiers Français n° 251, p. 74. Dans le même sens, **L. Cadiet**, *Découvrir la justice*, Dalloz 1997, p. 3.
Contra : **B. Lemennicier**, *L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée ?, in Justice et économie*, Justices n° 1, p. 135 : « *Pourquoi tout le monde se plaint-il de la justice, de ses lenteurs, des mauvais jugements, de son absence d'indépendance, de ses biais idéologiques ? La réponse de l'économiste est simple. On s'en plaint parce que le monopole du droit est similaire à celui de l'Education nationale ou des Postes et télécommunications. C'est là que le raisonnement économique entre en jeu. La justice ne se différencie pas fondamentalement des autres biens et services. Prétendre que la justice est un bien ou un service différent des autres tient plus de l'art de la rhétorique que de l'argumentation raisonnée. Les dysfonctionnements que l'on observe dans la justice ne diffère pas de ceux de l'Education nationale … La nationalisation du droit produit les mêmes effets que la nationalisation de l'Education, celle des télécommunications ou du transport aérien* ».

[89] Selon l'expression de **B. Oppetit**, *L'hypothèse du déclin du droit, in Crises dans le droit*, Droits n° 4, 1986, p. 9, spéc. p. 13.

[90] **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 32.

[91] Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, par exemple, n'est pas une autorité juridictionnelle, mais administrative (Conseil constitutionnel, n° 88.248, précité). « *Pour qu'une sanction soit jugée juridictionnelle, il faut non*

droits de l'homme ou de droits de la défense qui, peu à peu, ont pu être imposées aux juridictions classiques[92].

546. Des auteurs prétendent que ces systèmes de traitement des conflits ont leur logique propre et qu'il est vain de vouloir évaluer leur qualité à l'aune des décisions judiciaires : il est vain d'y chercher la justice, l'égalité, une reconnaissance de tort,… « *Faire rentrer la médiation dans une logique de traitement judiciaire des affaires, c'est courir le risque de construire une justice sans droit bafouant le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, l'obligation du contradictoire, les droits de la défense, la possibilité d'appel de la décision et les applications de la Convention européenne en matière de procès équitable* »[93]. Mais la logique propre de cette médiation ainsi prônée n'est guère définie, à part de vagues aspirations communautaires, des procédés totalement informels, qui semblent avoir comme unique raison d'être la mise à l'écart du système judiciaire. Ainsi, la neutralité du médiateur réclamée à corps et à cris par ces auteurs ne semble guère concerner les deux protagonistes du conflit : la seule aspiration de neutralité se manifeste au regard du système judiciaire[94] puisque les médiateurs devraient y être totalement étrangers ; peu importe leur sensibilité ou subjectivité quant au sort des victimes ou des accusés, vécues comme des fatalités[95]. Le fait même que les organes de médiation soient désignés par les tribunaux est critiqué car ces auteurs craignent que cette « *gratification* » et cette « *notabilisation* » ne conduisent les médiateurs à s'imprégner du système de pensée juridique …[96]

En ce qui concerne plus particulièrement la répression administrative, le Conseil constitutionnel a cherché à placer sous le même régime tout type de sanction répressive quelle que soit son origine, s'attachant ainsi à construire un droit général de la répression. Ce droit, selon le Conseil constitutionnel, « *ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* »[97]. Pourtant, la spécificité de la répression administrative demeure : « *si le point commun à la répression administrative et à la répression pénale - à savoir la répression - est ainsi bien mis en avant, et justifie dans une perspective libérale l'extension*

---

seulement qu'elle soit instituée par la loi, car celle-ci seule peut, en vertu de l'article 34 de la constitution, créer une nouvelle juridiction, mais encore, selon le Conseil d'Etat, que le législateur ait explicitement voulu qu'elle le soit (Concl. de M. de Saint-Pulgent sous CE Ass. 1er mars 1991, RFDA 1991, p. 616) », **M. Delmas-Marty, C. Teitgen -Colly**, préc., p. 41.

92 Sur la multiplication de « polices judiciaires spécialisées » et ses dangers, **T. Renoux**, note sous n° 90-281 DC, RFDC 1991, p. 118. **Y. Mayaud**, *La justice pénale dans le monde des affaires, in Justice et économie,* Justices n° 1, 1995, p. 35, spéc. p. 40. **A. Blanchot**, intervention lors de la journée d'étude sur *Le dévoiement pén*al, Droit pénal n° spécial avril 1995, p. 16 et 17.

93 **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 158, qui cite **E. Le Roy**, *La médiation : mode d'emploi*, Droit et société n° 29, 1995. Dans le même sens, **S. Rojare**, *La médiation pénale*, thèse Paris I 1996, p. 198.

94 **J. Faget**, préc., p. 135 et 159.

95 **J. Faget**, préc., p. 135.

96 **J. Faget**, préc., p. 160.

97 n° 89-260 DC.

des garanties pénales à la répression administrative, l'extension n'est pas totale de sorte que, même ainsi canalisée, la répression administrative conserve dans son régime juridique une relative spécificité »[98]. Il serait souhaitable que le Conseil constitutionnel impose aux autorités administratives tous les principes encadrant l'action des juridictions pénales classiques (mais quel est son pouvoir lorsque les textes sont promulgués ?) : présomption d'innocence, principe de proportionnalité, droit de la défense, légalité criminelle, etc.

547. Est-il légitime d'admettre cette parcellisation de la justice qui s'allège inexorablement en terme de garantie du justiciable ? Pourquoi alors ne pas admettre que des petites commissions de quartier ou autres organismes privés[99] soient créés pour « *alléger les tribunaux* », qui traiteraient plus rapidement, plus efficacement et avec des connaissances de « spécialistes », ici les vols et cambriolages, ici les viols et agressions sexuelles, là les dégradations commises par les hommes de vingt-cinq à trente-cinq ans, etc. Cette banalisation des pseudo-juridictions peut même être choquante dans la mesure où on assiste à une privatisation des conflits : la délinquance boursière ou bancaire est jugée par des personnes « spécialistes » proches des milieux d'affaires ... Pourquoi ne pas poursuivre ce raisonnement en laissant juger les mineurs par des mineurs[100], par définition plus « spécialistes », ou les pédophiles par un collège de psychiatres et d'anciens délinquants sexuels repentis ? Le pragmatisme et le désir d'efficacité qui s'imposent avec l'impérialisme d'une pensée scientifique et utilitariste conduisent à admettre le développement de modes de contrôle et de régulation qui s'éloignent de l'idée de justice pénale, des garanties qui l'accompagnent et de sa dimension publique. Ces évolutions dites « opportunes » sont soutendues par une « *méfiance profonde à l'égard de l'aptitude de l'Etat à lutter efficacement contre le crime* » et la privatisation repose « *sur les idées libérales et sur des mécanismes économiques - le mercantilisme* »[101]. L'idéal, selon ces auteurs, serait de « *confier à des entreprises privées des tâches jadis confiées à l'Etat, un Etat qui s'en serait révélé incapable* »[102]. Cependant, ce pragmatisme qui « *réduit la justice à une vertu personnelle, une pratique solitaire, bref à une simple question d'éthique individuelle* »[103] conduit inexorablement à un déficit de la pensée juridique.

---

[98] **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 34.
[99] Selon le modèle de la Commission des opérations de bourses, « *organisation professionnelle dont le caractère privé ne fait guère de doute* » : **M. Delmas-Marty, C. Teitgen -Colly**, préc., p. 39 ; **R. Schwartz et C. Maugüe**, chronique sous CE, 1er mars 1991, *Société Le Cun*, AJDA 1991, p. 359.
[100] Cela se fait aux Etats-Unis.
[101] **P.-H. Bolle**, *Le procès pénal nouveau*, RD pén. crim. 1995, p. 5, spéc. p. 15.
[102] **P.-H. Bolle**, préc., p. 15. Dans le même sens, **J. Chevalier**, *Les Autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, in Justice et économie*, Justices n° 1, 1995, p. 81, spéc. p. 85.
[103] **L. Cadiet**, *Découvrir la justice*, Dalloz 1997, p. 3.

B - Pragmatisme et déficit de la pensée juridique.

548. Par le recours aux systèmes conventionnels de règlement des litiges pénaux, c'est bien le critère de l'efficacité qui prédomine. Au sujet des transactions en droit administratif, M. Miaille constate que la légalité est une idéologie, un mythe unificateur, plus qu'un principe réellement opérationnel et limitatif. Elle est concurrencée aujourd'hui par une autre idéologie : celle de l'efficacité qui tend à devenir la seule en vigueur[104]. L'infraction doit être traitée, même si c'est au prix d'une légalité approximative. Les arguments des promoteurs de la généralisation de la transaction pénale, que l'on peut trouver dans les rapports sur le projet de loi évoqué précédemment sont, à ce titre, significatifs. « *Le Rapporteur a reconnu avoir été lui-même froissé par l'idée de transaction au regard des principes (...). Il y a, certes, un débat entre la justice telle qu'elle est et la justice telle qu'elle devrait être et il est clair qu'il vaudrait mieux traduire devant les tribunaux l'ensemble des délinquants ; toutefois, la population attend une réponse concrète au problème des cinq cent mille classements sans suite annuels de plaintes portant sur des faits dont l'auteur est connu* »[105]. Le droit est ravalé au rang de technique et n'est plus porteur de sens. Le législateur, ici, ne cherche plus la solution la plus juste, mais la solution la plus efficace[106]. M. Rials note : « *Le droit n'existe plus comme instance spécifique dotée de fins propres : il a le statut subalterne d'une trousse de bricolage, d'une réserve d'instruments aptes à légitimer la poursuite de n'importe quelles fins* »[107].

Cette dérive est étonnante à une époque de « retour au droit », où l'on assiste à une demande croissante de droit[108] : le procès doit être accessible à tous grâce à l'aide juridictionnelle et chacun doit rendre des comptes quel que soit son rang social ; le sentiment d'accroissement de la délinquance urbaine, quoique très difficilement chiffrable, et l'insécurité qu'elle suscite, sont fondés si on en croit les chiffres[109]. Il convient sans doute de rattacher ces approximations et cette recherche du seul résultat d'une tendance plus générale du législateur à fuir les « *conflits de valeurs* » : M. Salas remarque que le législateur renvoie

---

[104] **M. Miaille**, *L'administration dans son droit*, Publisud, 1985, p. 183.
[105] Rapport de **M. Porcher**, Assemblée Nationale 1994, n° 1680, p. 49.
[106] Lorsqu'il ne met pas en forme ce qui existe déjà dans la pratique, au seul motif que cela existe.
[107] **S. Rials**, *Ouverture : Quelles crises ? Quel droit ?, in Crises dans le droit*, Droits n° 4, 1986, p. 3, spéc. p. 6. Dans le même sens, **B. Oppetit**, *L'hypothèse du déclin du droit*, même revue, p. 9, spéc. p. 20. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., p. 1 et 2.
[108] Voir notamment, **H. Haenel, J. Arthuis**, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, Economica 1991, p. 22 et s. **D. Salas**, *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelles légitimité, in Justice et ville*, Justice n° 2, 1995, p. 181. **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 57 et s. **A. Garapon, D. Salas**, *La République pénalisée*, Hachette, Questions de société, 1996.
[109] **C. Lazerges**, *Evolution de la délinquance urbaine contemporaine, in Justice et ville*, Justices n° 2 1995, p. 79, spéc. p. 82 et s. Si les chiffres d'atteinte aux mœurs, homicides et atteintes aux réglementations sont stables, on constate, depuis la seconde guerre mondiale, une explosion des vols, des dégradations et des infractions à la législation sur les stupéfiants.

souvent aux interprétations des juges et autres praticiens des pans entiers du droit qu'il redoute d'approfondir, soumis à la pression de l'opinion[110].

Les promoteurs de la médiation ne doivent pas se tromper de cible : l'aspiration n'est pas à moins de droit, de répression, d'institution, de judiciaire ou de rigueur. Chacun espère au contraire que tout conflit puisse être arbitré. Les inquiétudes suscitées par les classements sans suite et la lenteur des procédures montrent que ce n'est pas tant le système juridictionnel et le droit pénal qui sont montrés du doigt que le déni de justice. Les médiations ne constituent qu'un palliatif des carences d'un système judiciaire auquel on n'a pas donné les moyens de pacifier ses procédures toujours plus nombreuses et inattentives. « *Tout n'oppose pas justice et médiation dont on peut penser qu'elles poursuivent le même objectif général de pacification sociale par une méthodologie commune reposant sur la neutralité et la triangulation* »[111]. Recourir de façon trop fréquente à ces procédures « bouche-trou » et vaguement organisées ne peut qu'accroître l'insécurité et l'exclusion dans nos civilisations fondées sur l'idéal de l'« Etat de droit » : « *Les incertitudes contemporaines du droit peuvent apparaître, dans une société de ce type, comme autant d'atteintes aux fondements de l'ordre social et de menaces pour le devenir individuel ou collectif, alors qu'un tel désarroi reste totalement étranger aux sociétés (extrême-orientales par exemple) qui ne voient dans le droit qu'un pis-aller ou un expédient provisoire et qui mettent au premier plan un idéal d'harmonie sociale et de paix* »[112]. Le pragmatisme, dont il est de bon ton de se targuer, aspire à l'« *efficacité* », l'« *adaptation* » au « *terrain* », aux « *réalités incontournables* »,… tous ces termes « *ne signifient-ils pas myopie, incapacité à échapper au déterminisme du court terme ? Réalités et contraintes ne seraient-elles pas qu'un ordre établi, issu d'un certain rapport de forces qui exige capacité d'adaptation, c'est à dire soumission ?* »[113].

549. Il serait souhaitable que le mode de raisonnement à l'occasion des transactions et, surtout, des médiations pénales reste juridique. Or il est possible que les problèmes de droit ne soient guère approfondis et que les accords soient négociés selon le « bon sens »,... donnée éminemment variable[114]. Cette dérive a déjà pu être constatée dans les médiations civiles opérées par les avocats du Wisconsin aux Etats-Unis, il est vrai préoccupés par la rentrée d'honoraires[115]. La situation est accentuée en matière pénale dans tous les pays de la *Common law* en raison de la procédure de *plea bargaining*. Des études ont démontré qu'elle est souvent suscitée par les avocats eux-mêmes qui, pressés d'en finir avec des

[110] **D. Salas**, *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité, in Justice et ville*, Justices n° 2, 1995, p. 181, spéc. p. 185. **B. Oppetit**, *L'hypothèse du déclin du droit, in Crises dans le droit*, Droits n° 4, 1986, p. 9, spéc. p. 17.
[111] **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 55.
[112] **B. Oppetit**, préc., p. 9.
[113] **R. Lesgards**, *Pensée unique : l'élite et son "pragmatisme"*, Le Monde Diplomatique, avril 1995, p. 36.
[114] L'article 6 du Code civil permet cependant d'éviter trop de fantaisies : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »
[115] **J. Vérin**, *Le règlement extra-judiciaire des litiges*, Rev. sc. crim. 1982, p. 171, spéc. p. 176.

dossiers peu rémunérateurs, entraînent leurs clients dans des marchandages parfois indus[116]. Si nos médiateurs n'ont sans doute pas ces soucis pécuniaires, il est à craindre cependant que, comme les juges civils qui travaillent en « *amiables compositeurs* »[117] ne statuent plus en droit mais en équité, les médiateurs statueront, non plus selon les principes du droit pénal, mais selon l'opportunité. De nombreux auteurs ne s'en émeuvent guère : ainsi, le rejet par le Conseil constitutionnel du projet de loi sur l'injonction pénale est décrit comme privant ou retardant « *la conscience collective judiciaire en faveur d'un droit pénal réel et non abstrait* »[118], considérant que les principes du droit pénal sont des « *garde-fous qui ne doivent pas être opposés comme obstacles à l'adéquation nécessaire entre la réalité et le droit positif* »[119]. D'autres considèrent que la conciliation permet la réconciliation du droit pénal avec l'évolution des mœurs ou avec les coutumes[120]. Par exemple, le vol a aujourd'hui une moindre gravité qu'il n'en eut en raison de la production en masse des objets et du caractère plus éphémère de la propriété. Cependant, le Code pénal, qualifié à l'envie de « *vieux monument* »[121], a suffisamment évolué, en fonction des changements économiques et sociaux évidents depuis 1810, pour que sa refonte en 1992 ne contienne quoi que ce soit de révolutionnaire.

Des auteurs s'émeuvent pourtant parfois de cette disparition du droit dans les médiations au profit de préoccupations exclusivement psychologiques, sociales et médicales. Ainsi, M. Salas souligne que ce problème se pose avec une particulière acuité dans les médiations pour mineurs : « *alors même qu'elle s'ouvrait de plus en plus à tous les savoirs issus des sciences humaines, la justice des mineurs est restée, dans ses interrogations et son évolution même, étrangère à la réflexion sur la place du droit dans une société démocratique (...) De là les termes de justice "thérapeutique" ou "médico-sociale" ou encore de juge "psy" ou "assistante sociale", indice de ce brouillage* »[122].

La transaction peut être valablement formée même si le droit revendiqué est incertain[123]. Pourtant, le droit pénal est un droit, non pas seulement réparateur comme le droit de la responsabilité civile, mais aussi dénonciateur, qui autorise des atteintes punitives au patrimoine et à la liberté individuelle. Peut-on, dès lors, au nom de l'efficacité et des résultats, s'en remettre à des solutions qui de l'avis général, ne respectent qu'approximativement les principes protecteurs et fondateurs du droit pénal, alors même que le droit revendiqué peut être incertain ? Des auteurs refusent que l'on analyse les instruments utilisés par l'administration selon la simple opposition légalisme-pragmatisme, afin d'éviter les refrains

116 **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, p. 375.
117 Articles 12 et 58 du nouveau Code de procédure civile.
118 Référence ou influence de l'Ecole de Défense sociale (M. Ancel) qui voulait rompre avec les fictions du droit pénal classique au nom de valeurs supérieures liées à la personne. Voir *supra* n° 29.
119 **K. Medjaoui**, *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique*, Rev. sc. crim. 1996, p. 823, spéc. p. 837.
120 **J.-P. Ekeu**, préc., n° 20 et s.
121 **J.-P. Ekeu**, préc., n° 20.
122 **D. Salas**, *Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs*, Rev. sc. crim. 1993, p. 238, spéc. p. 243.
123 Voir *supra* n° 394.

nostalgiques sur le « dépérissement du droit ». C'est en terme de pluralité de formes d'actions au sein même du cadre légal qu'il leur semble plus fructueux d'envisager ces pratiques étatiques[124]. Mais il n'est pas possible, en droit pénal, de rechercher un certain résultat juridique sans respecter scrupuleusement les règles et principes imposés pour y parvenir. Si la conciliation pénale peut être un excellent moyen de traiter les infractions, il semble indispensable de n'y recourir qu'au terme d'une réflexion d'ensemble du législateur. Afin que des principes tels que l'égalité des parties, l'opportunité des poursuites,... soient préservés, le contrôle des juges actuellement établi par le législateur doit être sérieux et effectif, et peut-être même, comme le suggèrent des auteurs, porter sur les négociations elles-mêmes et pas seulement sur leurs résultats[125].

Cette justice « instinctive » peut nuire à court terme aux victimes qui se verront incitées à de trop larges concessions au nom du reclassement des délinquants ou par ignorance du droit ; elle peut nuire aussi aux délinquants si la victime a le talent de se montrer convaincante ou si le médiateur, « usé », ne croit plus en sa mission. Le pragmatisme ne peut que nuire à long terme à l'institution même de la médiation : le Japon connaît ainsi une désaffection pour ses traditions de conciliation au profit d'une résolution rationnelle des conflits, « *à la lumière des principes du droit et des précédents jurisprudentiels* » ; « *le législateur à tiré les conséquences de cette évolution en modifiant le système de sélection des conciliateurs qui doivent désormais être des juristes* »[126]. Il semble abusif d'opposer systématiquement le respect du droit et « *l'harmonie sociale faite de concessions mutuelles* »[127]. Il conviendrait que l'introduction de ces modes consensuels de traitement des conflits, idée anglo-saxonne, s'accommode de la conception latine de la loi, comme règle d'ordre moral, porteuse de sens[128], élaborée au sein d'un système cohérent et précis.

---

[124] **J. Chevalier** et **D. Loschak**, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, Revue Française d'Administration Publique n° 24, 1982, p. 679-720.
[125] **E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert**, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 250.
[126] **J. Vérin**, *Le règlement extra-judiciaire des litiges*, Rev. sc. crim. 1982, p. 171, spéc. p. 177.
[127] *Contra* : **J. Vérin**, préc., p. 182.
[128] **A. Garapon, D. Salas**, *La République pénalisée*, Hachette, Questions de société 1996, p. 48.

Conclusion de la seconde partie.

550. Il est probable qu'un système judiciaire modernisé, doté de moyens humains raisonnables, serait capable d'accueillir, écouter, rassurer la victime, comprendre et aider le délinquant dans une démarche personnelle de responsabilisation. Rappelons seulement que si la population française est passée de 37 millions de personnes au siècle dernier, à 58 millions aujourd'hui, le nombre de magistrats est resté stable (environ 6000)[129], ce à quoi on doit ajouter une plus grande demande de justice que par le passé. Un travail sérieux et sensible dans de telles conditions est impossible. M. Sauron suggère notamment de développer une formation permanente de grande qualité, ainsi qu'une politique de détachement « *qui permettrait aux magistrats d'avoir une vision plus globale de la société dans laquelle ils sont* » et « *aller vers une meilleure porosité de la justice et de la société* »[130]. Alors que certains souhaiteraient que la médiation devienne l'essence du procès pénal, elle ne lasse pas de soulever des objections, et ne peut, en l'état constituer qu'une diversion pour les affaires simples[131] et mineures.

Si les modes consensuels de traitement des infractions doivent perdurer et se développer, ils ne doivent pas rester au rang de « délesteurs » ou, pire, être dirigés contre l'institution judiciaire ; ils peuvent participer d'une modernisation globale, structurée et réfléchie de la justice pénale. Le domaine du traitement consensuel des infractions doit être précisé et ces procédures s'entourer de garanties spécifiques, sans doute sensiblement différentes de celles qui entourent les procédures classiques. « *Les garanties nécessaires à ces nouvelles formes de justice ne sont pas posées, mais surtout le glissement incessant d'une forme de justice à l'autre n'est pas pensé ni ses perversions possibles envisagées. La supercherie vient de ce qu'on continue de penser les garanties démocratiques en les référant à une forme seulement de justice qui n'est même plus majoritaire !* »[132] Quelques aménagements des modes de traitement négocié sont nécessaires. Une publicité des transactions pourrait donner une certaine portée à l'autorité morale sur laquelle elles reposent[133], publicité qui ne doit cependant pas intervenir avant le résultat d'une éventuelle procédure classique, afin de ne pas l'influencer. Un découpage exact de son domaine d'application s'impose. Un barème d'évaluation des dommages de tout type devrait être mis à la disposition des médiateurs qui veilleraient à ce que le résultat des négociations ne s'en éloigne pas trop, ou que le choix d'une faible indemnisation ou d'une simple lettre d'excuse

[129] **L. Cadiet**, *Découvrir la justice*, Dalloz 1997, p. 4.
[130] **J.-L. Sauron**, *Le juge face aux contestations de la société civile, in Le juge et l'Etat*, Revue politique et parlementaire, juillet-août 1991, n° 954, p. 37.
[131] Dont les faits sont résolus de façon certaines et les protagonistes connus. En ce sens, **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, n° 35.
[132] **A. Garapon**, *Nouveaux enjeux de la justice. L'évolution du rôle du juge, La justice*, Cahiers Français n° 251, p. 74, spéc. p. 79.
[133] **P. Truche**, *Violente justice / Justice non violente, La justice*, Cahiers Français n° 251, p. 111, spéc. p. 115. Observons cependant que certains auteurs considèrent l'absence de publicité et la discrétion comme un des atouts de la résolution conventionnelle des litiges : **J.-P. Ekeu**, préc., n° 30.

soit fait en toute connaissance de cause. Une formation juridique suffisante des médiateurs et un suivi global de toutes les médiations pourrait contribuer à sauvegarder une certaine cohérence de cette procédure et de ses résultats au plan national. Un accompagnement ou un visa de la transaction par un avocat et par la juridiction compétente serait utile à préserver l'équilibre de la convention entre les deux parties. Ce visa d'un avocat serait aussi éminemment souhaitable à l'occasion de la reconnaissance de sa culpabilité par l'accusé, comme cela a pu être exigé dans certaines expériences de médiation en Grande Bretagne[134]. L'exigence d'une enquête, si simple l'affaire soit-elle, supervisée par le Parquet et vue par l'avocat permettrait d'asseoir cette reconnaissance de culpabilité, d'éviter les faux aveux d'accusés effrayés désireux d'éviter toute poursuite, et d'accroître l'autorité morale de la médiation[135].

Il semble indispensable de revaloriser la pensée juridique au sein de ces nouvelles procédures afin que les sciences humaines n'en soient pas les seuls fondements et arguments. Sans pour autant exiger un « *retour au droit* » exclusif, M. Salas suggère de « *dégager l'espace de légalité* » et la « *visibilité des valeurs* », pour mieux « *déployer les mesures éducatives* », en ce qui concerne les médiations pour délinquants mineurs. Cette réflexion vaut cependant pour toutes les médiations : « *Quand il s'agit d'étudier la culpabilité d'un prévenu, les critères juridiques d'évaluation de l'acte doivent prévaloir. En revanche, quand il s'agit de débattre sue la mesure à prendre, le savoir à prendre en compte est d'une toute autre nature. Ce qui est mobilisé ici, c'est toute l'analyse psychologique, thérapeutique, éducative sur l'individu qui va coder l'acte incriminé pour lui donner une signification exploitable dans une stratégie éducative ou thérapeutique* »[136].

Quoi qu'il en soit, les conventions concourent à une rénovation de la justice pénale, plus humaine, décentralisée et proche du « terrain ». Elles contribuent aux efforts de personnalisation des traitements pénaux qui tentent de préparer l'avenir du délinquant. L'enjeu essentiel de la médiation, en effet, n'est pas en soi d'introduire la conciliation dans les procédures pénales, mais de lutter contre l'exclusion. Elles sont une des manifestations de l'avènement de cette « *justice non violente* » décrite par M. Truche[137]. Elles montrent la voie d'une nouvelle justice alliant la force traditionnelle et les principes juridiques fondamentaux, dont la médiation simple est dépourvue, et le souci premier du dialogue et du reclassement dont les procédures classiques se montrent peut-être encore avares.

---

[134] **M.-C. Desdevises**, *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*, Rev. sc. crim. 1993, p. 45, spéc. p. 54.
[135] Dans ce sens, **M.-C. Desdevises**, préc., spéc. p. 60.
[136] **D. Salas**, *Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ?*, Rev. sc. crim. 1993, p. 238, spéc. p. 243.
[137] **P. Truche**, préc., p. 111.

Conclusion générale.

551. Inflation pénale et crise de l'institution judiciaire alimentent des critiques toujours plus virulentes à l'égard des juridictions pénales. L'autonomie de la volonté et la liberté individuelle sont portées aux nues. Dès lors, chaque personne, chaque corps professionnel devrait pouvoir contracter librement hors du contrôle étatique, élaborer des règles de comportement adaptées à ses besoins et ses impératifs économiques. Chacun devrait bénéficier d'un traitement individualisé, efficace et performant de ses problèmes. Des conventions d'autodiscipline pourraient, bien souvent, se substituer à des lois dont le caractère pénal est vécu comme outrancier. Lorsqu'un conflit éclate, il conviendrait de ne pas le « voler » à ses protagonistes : si eux-mêmes ne peuvent le régler par transaction ou avec l'aide d'un médiateur, des organes spécialisés devraient s'en charger.

Dès lors, les codes de bonne conduite instaurent des comités de surveillance, des ordres professionnels, etc.[138]. Le législateur a confié à des organismes administratifs ou privés la sanction de certaines inexécutions contractuelles ou de contrats illicites, souvent par des procédés de transaction. Les banques traitent elles-mêmes les problèmes de chèques sans provision. Le Conseil de la concurrence se voit confier la sanction d'actes anticoncurrentiels commis par des personnes morales, qui entraînent pourtant des poursuites devant les juridictions répressives lorsqu'ils sont commis par des personnes physiques. Pour faire face à la délinquance des quartiers en difficulté, on a recours aux médiations, qui substituent aux procédures « lourdes et traumatisantes » une négociation apaisante, organisée par une instance de proximité.

La privatisation du droit pénal ne s'arrête pas aux règles et au traitement des conflits. Des principes *a priori* essentiels tels que l'indisponibilité du corps humain ou la présomption d'innocence sont réduits au rang de droits subjectifs : les exceptions posées par les lois pénales censées les garantir sont nombreuses ; ils n'ont pour seule protection que l'énergie de leurs titulaires. De nombreuses conventions, jadis inenvisageables en raison d'un objet contraire aux bonnes mœurs, sont aujourd'hui possibles : par exemple, le corps humain n'est plus exclu des contrats par principe ; les conventions de vote dans les sociétés commerciales sont admises. La loi pénale s'adapte à la loi des marchés, libéralisant la convention et son contenu.

552. « *Trop de jugements aux finalités suspectes se glissent dans les discours relatifs à la " judiciarisation-pénalisation " de notre société pour qu'on ne se méfie pas de ces analyses à l'emporte-pièce, qui reposent le plus souvent sur du sable. Il ne faut tout de même douter de rien pour parler, sans aucune base comparative ni quantitative, de République pénalisée. Il y aurait beaucoup à dire sur ces discours de savoir dont nombre d'entre eux se*

[138] Voit *supra* n° 162 et s.

rejoignent pour faire du pénal une horreur juridique qu'il conviendrait de recadrer afin de restituer au politique toute sa place »[139]. Certes, les procédures pénales classiques comportent des défauts et des problèmes considérables existent. Même ramené au chiffre de 30 %[140], le taux de classements sans suite est trop important. L'impunité des infractions dites mineures est mal vécue et la lenteur excessive des procédures n'est plus acceptable. Cependant, les ambitions dépénalisantes et la substitution de modes consensuels de résolution des conflits sont utilisés comme colmatages ponctuels et partiaux, sans réelle politique et réflexion d'ensemble. La gravité des comportements et la sévérité des sanctions que peuvent prononcer les « juges de substitution » obligent à recourir au concept de « matière pénale » pour saisir l'ensemble du phénomène pénal, ce qui relativise la réalité des dépénalisations consistant seulement à réduire le pouvoir des juridictions pénales.

Positions de thèse.

1 – La juridiction pénale, grâce au grand nombre d'incriminations intéressant la convention et par un travail réaliste et rigoureux de qualification des faits litigieux, participe aux grandes évolutions du droit des conventions. Le juge pénal n'est pas étranger au droit des contrats et son action y est positive.

2 - Les infractions intéressant la formation de la convention valorisent de nouveaux modes de protection du consentement puisque l'état de faiblesse et la disparition du consentement deviennent les nouveaux vices du consentement. Le contenu du contrat est libéralisé et les garde-fous posés par le droit pénal permettent, paradoxalement, d'affirmer ces libéralisations. Les infractions intéressant l'exécution du contrat montrent le rôle essentiel du fait générateur de cette inexécution, qui connaît un essor notable devant les juridictions civiles. Les nouveaux rapports de pouvoirs en droit des affaires sont pris en compte et précisés : les juridictions pénales tiennent compte de l'existence des personnes morales, des délégations de pouvoirs ou des groupes de sociétés. De façon générale, l'autonomie de la volonté est limitée par le souci de l'équilibre entre les parties ou les prestations et la distinction classique entre formation et exécution du contrat s'estompe.

3 - La jurisprudence pénale permet parfois de mettre en cause des principes du droit civil apparaissant pourtant comme acquis, mais avérés être des fictions (autonomie de la volonté, transfert de la propriété *solo consensu*, etc.), ou de préciser des définitions ou des qualités de contractants (le commerçant ou le consommateur notamment).

---

[139] **M. Dobkine**, *La question judiciaire : un enjeu pour la justice ou pour le politique ?*, D. 1998 n° 15, Actualité du 16 avril 1998, p. 1.
[140] Voir *supra* n° 541.

4 – L'importance prise par la victime et les intérêts privés dans l'instance pénale font de l'examen de l'action civile une étape capitale du procès : la réparation peut contribuer à la sanction car elle contribue à la responsabilisation du délinquant. La qualification des préjudices et de leurs faits générateurs est plus rigoureuse et la jurisprudence pénale tient compte désormais des régimes contractuels de réparation. Cette dernière peut contribuer à la sanction car elle participe à la responsabilisation du délinquant.

5 - La peine dans sa dimension répressive, quoique devenue très impopulaire, demeure indispensable et procède de la nature même du droit pénal. Il est vain de prétendre la faire disparaître par la généralisation des conciliations. Les « dépénalisations » consistant à confier le conflit à des autorités administratives n'excluent pas les comportements en cause de la « matière pénale » et ce sont bien des sanctions pénales qui sont infligées.

6 – En réaction contre les défauts réels et supposés des juridictions pénales, on observe une privatisation du droit pénal dont la manifestation la plus tangible est la contractualisation des actions publiques et civiles. Les litiges sont restitués à leurs protagonistes (transactions, médiations) ou confiés à des organismes spécialisés, les peines sont parfois acceptées.

7 – Les modes alternatifs de résolution des litiges ne peuvent, en l'état, résoudre de façon satisfaisante la crise que traverse la juridiction pénale. Ils sont motivés par la recherche de l'efficacité, de la rapidité, de la spécialisation, parfois de la rentabilité financière (transactions administratives). Les expériences n'ont pas toujours réussi à atteindre ces objectifs. Il semble que la justice pénale ne puisse intégrer un langage exclusivement entrepreneurial ou pragmatique : elle nécessite le recul, le doute, la pondération, le généralisme.